OSK TRUSTEES BHD

lwn.

KERAJAAN MALAYSIA

MAHKAMAH TINGGI MALAYA, KUALA LUMPUR
MOHD ZAWAWI SALLEH H
[GUAMAN NO: 22A-334-2011]
22 DISEMBER 2011

KONTRAK: *Perjanjian - Perjanjian kemudahan - Pengeluaran bon-bon Islam bagi membiayai kerja-kerja di bawah Perjanjian Konsesi - Akujanji defendan melalui surat sokongan - Sama ada surat sokongan merupakan akujanji, representasi dan jaminan daripada defendan - Terma-terma - Sama ada surat sokongan diniatkan untuk mengikat - Sama ada defendan bertanggungjawab*

Plaintif merupakan pemegang amanah bagi pihak pemegang Kemudahan Sekuriti Islam Bai Bithamin Ajil ('kemudahan BAIS') dan telah memfailkan tindakan ini bagi menuntut gantirugi yang disebabkan oleh kemungkiran komitmen defendan. Alegasi plaintif adalah bahawa defendan telah gagal, enggan dan/atau cuai untuk mengotakan akujanjinya dalam memastikan bahawa syarikat Malaysian International Tuna Port Sdn Bhd ('MITP') memenuhi tanggungjawabnya dalam menyelesaikan jumlah-jumlah matang dan kena dibayar di bawah kemudahan BAIS yang telah dikeluarkan bagi membiayai kerja-kerja MITP. MITP adalah badan yang telah menjalankan kerja-kerja menaik taraf Kompleks LKIM dan telah mengurus kompleks tersebut di bawah suatu konsesi yang diberi oleh agensi defendan, iaitu, Lembaga Kemajuan Ikan Malaysia ('LKIM'). Bagi tujuan ini, satu perjanjian konsesi di antara LKIM dan MITP telah dimeterai manakala, defendan telah mengeluarkan satu surat sokongan ('surat sokongan tersebut') melalui Kementerian Pertanian dan Industri Asas Tani. Plaintif berhujah bahawa surat sokongan tersebut telah memberi jaminan kepada plaintif bahawa defendan akan memastikan MITP memenuhi liabilitinya secara penuh terhadap jumlah yang dipinjam dan telah mengesahkan kelangsungan MITP bagi menanggung dan membayar balik pinjaman tersebut. Tambahan, plaintif berhujah bahawa pernyataan-pernyataan di dalam surat sokongan tersebut merupakan suatu akujanji, representasi dan jaminan yang telah diberi oleh pihak defendan. Sebaliknya, defendan berhujah, antara lain, (i)

bahawa surat sokongan tersebut tidak merupakan akujanji, representasi atau jaminan daripada defendan dan hanya merupakan sokongan semata-mata tanpa sebarang liabiliti yang boleh disandarkan terhadap defendan dan (ii) bahawa sebarang kerugian yang dialami oleh plaintif bukannya berpunca daripada tindakan defendan. Isu-isu yang berbangkit untuk pertimbangan di sini adalah; (i) sama ada surat sokongan tersebut merupakan akujanji, representasi dan jaminan oleh defendan untuk memastikan bahawa MITP memenuhi obligasinya di bawah kemudahan BAIS (ii) sama ada pemegang-pemegang kemudahan BAIS telah bergantung kepada akujanji, representasi dan jaminan tersebut dalam melanggan kemudahan BAIS dan sekiranya ya, sama ada defendan bertanggungjawab terhadap pergantungan sedemikian dan (iii) sama ada defendan telah memberi akujanji, representasi dan jaminan semasa mesyuarat-mesyuarat yang telah diadakan di antara pihak-pihak supaya plaintif tidak mengisytiharkan peristiwa kemungkiran terhadap MITP.

Diputuskan (menolak tuntutan plaintif dengan kos):

(1) Dalam membuat tafsiran kepada sesuatu surat sokongan dan juga kepada dokumen kontrak lain, elemen-elemen yang perlu diambil kira adalah latar belakang atau "surrounding circumstances" semasa surat sokongan tersebut dikeluarkan, kandungan dokumen, kelakuan pihak-pihak yang terlibat dan keputusan kes-kes terdahulu. Mengambilkira elemen-elemen tersebut, mahkamah berpendapat bahawa surat sokongan tersebut tidak diniatkan oleh pihak-pihak untuk membawa kesan yang mengikat di sisi undang-undang. Fakta bahawa pengeluar surat sokongan tidak mahu mengeluarkan surat gerenti tetapi mengeluarkan surat sokongan menunjukkan bahawa pengeluar surat sokongan tersebut tidak mahu terikat di sisi undang-undang. (perenggan 26)

(2) Tanggungjawab defendan di dalam surat sokongan tersebut adalah terlalu luas dan terbuka kepada pelbagai tafsiran antara pihak plaintif dan defendan. Bagi tujuan semata-mata untuk menunjukkan ketidakjelasan dan ketidaktentuan terma-terma surat sokongan tersebut, keterangan yang relevan perlu dinyatakan. Malah, tidak dapat dipertikaikan bahawa surat sokongan tersebut tidak memberi sebarang gerenti sama ada secara nyata atau tersirat bagi pinjaman MITP. (perenggan 48)

(3) Fakta menunjukkan bahawa pemegang-pemegang kemudahan BAIS tidak bergantung semata-mata kepada surat sokongan tersebut. Selanjutnya, penelitian terhadap minit-minit mesyuarat di antara pihak-pihak menunjukkan bahawa ianya telah disediakan oleh plaintif dan tidak disahkan pada mesyuarat kemudiannya. Beberapa perkara yang dicatat di dalam minit-minit tersebut juga telah dipertikaikan oleh mereka yang terlibat. (perenggan 53 & 57)

(4) Adalah jelas dalam keterangan PW4 yang merupakan wakil plaintif sendiri bahawa kenyataan jaminan yang dinyatakan dalam minit mesyuarat yang disediakan oleh plaintif tidak menunjukkan ianya diberikan oleh YB Menteri. Oleh itu, tidak kesemua kenyataan yang dijadikan isu oleh plaintif di dalam mesyuarat-mesyuarat yang diadakan dibuat oleh wakil defendan. (perenggan 59, 60 & 63)

(5) Selepas mahkamah membuat keputusan mengenai isu-isu utama dalam kes ini, isu-isu lain yang berbangkit dari isu-isu utama tersebut tidak lagi perlu diputuskan dan telah menjadi akademik. (perenggan 64)

Kes-kes yang dirujuk:

Atco Controls Pty Ltd (in liq) v. Newtronics Pty Ltd (recs & mgrs apptd) (in liq) [2009] VSCA 238 ***(dirujuk)***

Australian European Finance Corporation Ltd v. Sheahan [1993] 60 SASR 187 ***(dirujuk)***

Bank Negara Indonesia v. Philip Hoalim [1973] 1 LNS 7 PC ***(dirujuk)***

Bank of Credit and Commerce International SA v. Munawar Ali [2001] 1 All ER 961 ***(dirujuk)***

Banque Brussels Lambert SA v. Australian National Industries Ltd [1989] 21 NSWLR 502 ***(dibezakan)***

Berjaya Times Square Sdn Bhd v. M-Concept Sdn Bhd [2010] 1 CLJ 269 FC ***(dirujuk)***

Chase Perdana Sdn Bhd v. CIMB Bank Berhad And Another Appeal [1999] 3 CLJ 231 CA ***(dirujuk)***

Chemco Leasing SPA v. Redifussion PLC [1985] QBD ***(dirujuk)***

Commonwealth Bank of Australia v. TLI Management Pty Limited [1990] VR 510 ***(dirujuk)***

Edwards v. Skyways Ltd [1964] 1 All ER 494 ***(dirujuk)***

Eli Lilly and Co v. Novapham Ltd [1998] 2 SCR 129 ***(dirujuk)***

Gate Gourmet Australia Pty Limited (In Liquidation) v. Gate Gourmet Holding AG [2006] NSWSC 1489 ***(dirujuk)***

A *HSBC Ltd v. Jurong Engineering Ltd & Ors [2000] 2 SLR 54* ***(dirujuk)***
Investors Compensation Scheme Ltd v. West Bromwich Building Society [1998] 1 All ER 98 ***(dirujuk)***
Kleinwort Benson Ltd v. Malaysia Mining Corporation Berhad [1989] 1 WLR 379 ***(dirujuk)***
B *North South Properties Sdn Bhd & Ors v. David Teh Teik Lim & Anor [2005] 2 CLJ 510 CA* ***(dirujuk)***
Public Bank v. Perwira Affin Bank Bhd [2001] 7 CLJ 447 HC ***(dirujuk)***

Sumber-sumber yang dirujuk:
Sarkar on Evidence, Edisi ke 15, ms 99

C *Bagi pihak plaintif - Datuk DP Nathan (Foo Joon Liang, R Himahlini & Eng Kok Chun bersamanya); T/n Gan Partnership*
Bagi pihak defendan - Mohd Radhi Abas (Mohammad Sallehuddin bersamanya); Peguam Kanan Persekutuan

D *Dilaporkan oleh Emm Zehra*

PENGHAKIMAN

E **Mohd Zawawi Salleh H:**

Tuntutan

[1] Ini adalah tuntutan gantirugi plaintif sebagai pemegang amanah bagi pihak Pemegang-pemegang Kemudahan Sekuriti Islam
F Bai Bithamin Ajil ("Kemudahan BAIS") terhadap Defendan yang dikatakan telah gagal, enggan dan/atau cuai untuk mengotakan pelbagai akujanji, representasi dan jaminan untuk memastikan agar Malaysian International Tuna Port Sdn Bhd ("MITP") memenuhi tanggungjawab-tanggungjawabnya untuk menyelesaikan jumlah-
G jumlah yang matang dan kena bayar di bawah kemudahan BAIS. Pada asasnya, tuntutan gantirugi ialah terhadap kemungkiran komitmen defendan sebagaimana yang terkandung dalam surat sokongan bertarikh 2 Oktober 2006 yang dikeluarkan oleh defendan kepada MITP ("surat sokongan").

H **[2]** Secara spesifik, tuntutan plaintif terhadap defendan ialah seperti berikut:

(a) sejumlah RM208,615,000.06;

I (b) gantirugi dalam jumlah RM595,813.28 setakat 20 Februari 2010;

(c) gantirugi lanjutan pada kadar 1% atas RM 208,615,000.06 daripada 20 Februari 2010 sehingga penyelesaian penuh;

(d) secara lanjutan atau alternatif, gantirugi kena dibayar oleh defendan kepada plaintif untuk ditaksirkan oleh mahkamah ini bersama-sama dengan faedah pada kadar dan untuk jangka masa sedemikian yang dianggap suai manfaat oleh mahkamah ini;

(e) kos;

(f) apa-apa relif lain atau lanjutan yang dianggap adil dan munasabah oleh mahkamah ini.

Fakta Kes

[3] Bagi memahami isu-isu undang-undang yang berbangkit, fakta kes bolehlah dinyatakan di bawah tajuk-tajuk kecil seperti berikut:

(a) Fakta Yang Dipersetujui;

(b) Kes Plaintif; dan

(c) Kes Responden.

Fakta Yang Dipersetujui

[4] Fakta yang dipersetujui oleh pihak-pihak ialah seperti berikut:

(a) Defendan ialah Kerajaan Malaysia.

(b) MITP ialah suatu jentera bertujuan khas ("special purpose vehicle") yang diperbadankan untuk tujuan menjalankan kerja-kerja menaik taraf Kompleks LKIM di Batu Maung, Pulau Pinang, dan mengurus serta mengoperasikan kompleks tersebut di bawah suatu konsesi yang diberikan oleh agensi defendan, Lembaga Kemajuan Ikan Malaysia ("LKIM"). Untuk tujuan ini, satu perjanjian konsesi bertarikh 16 Disember 2004 antara LKIM dan MITP telah dimeterai ("Perjanjian Konsesi").

(c) MITP ialah sebuah syarikat usahasama antara LKIM dan Bindforce Sdn Bhd ("Bindforce"), yang diperbadankan pada 12 April 2004. LKIM memegang 40% manakala Bindforce memegang 60% modal berbayar dan diterbitkan MITP.

A (d) Defendan telah mengeluarkan satu surat sokongan bertarikh 2 Oktober 2006 ("Surat Sokongan") melalui Kementerian Pertanian dan Industri Asas Tani ("MOA").

(e) Mesyuarat-mesyuarat telah diadakan antara wakil-wakil plaintif
B dan defendan pada 3 Disember 2008, 30 April 2009 dan 12 Mei 2009.

Kes Plaintif

[5] Kes plaintif ialah seperti berikut:

C

(a) Plaintif ialah pemegang amanah untuk pemegang-pemegang bon-bon Islam yang dikeluarkan oleh MITP dalam bentuk Kemudahan Sekuriti Islam Bai Bithamin Ajil ("BAIS"). Bon-
D bon Islam tersebut telah dikeluarkan bagi membiayai kerja-kerja MITP di bawah perjanjian konsesi dengan nilai sehingga RM240 juta.

(b) MOA, bagi pihak defendan, telah mengeluarkan surat sokongan yang antara lainnya:

E (i) mengesahkan kelangsungan ("viability") MITP, termasuklah kebolehannya untuk menanggung pinjaman-pinjaman dan membayar balik pinjaman-pinjaman sedemikian, untuk menyokong MITP; dan

F (ii) mengakujanji, merepresentasikan dan/atau menjamin bahawa defendan akan memastikan MITP berada dalam kedudukan untuk memenuhi liabiliti-liabilitinya secara penuh dan tepat pada waktunya terhadap jumlah-jumlah yang dipinjam, dan akan memperuntukkan kesemua sokongan yang perlu
G kepada MITP.

(c) Pernyataan-pernyataan dalam surat sokongan tersebut adalah merupakan suatu akujanji ("undertaking"), representasi ("representation") dan jaminan ("assurance") oleh pihak
H defendan.

(d) Pemegang-pemegang BAIS sangat bergantung kepada akujanji, representasi dan jaminan yang dinyatakan dalam surat sokongan tersebut dalam melanggan Kemudahan BAIS.

I

(e) Keseluruhan RM240 juta di bawah Kemudahan BAIS telah diterbitkan secara sepenuhnya pada 17 Mei 2007 dan telah disediakan kepada MITP untuk penggunaannya.

(f) MITP telah gagal memenuhi obligasi pembayarannya di bawah Kemudahan BAIS.

(g) Mesyuarat-mesyuarat telah diadakan antara wakil-wakil plaintif dan defendan pada 3 Disember 2008, 30 April 2009 dan 12 Mei 2009 di mana defendan telah memberikan akujanji, representasi dan jaminan supaya plaintif tidak mengisytiharkan Peristiwa Kemungkiran ("Event of Default") terhadap MITP. Akujanji, representasi dan jaminan tersebut adalah seperti berikut:

(i) Dalam mesyuarat pada 3 Disember 2008, Encik Wan Hanafi bin Wan Mat daripada Unit Perancang Ekonomi ("EPU") telah membuat representasi bagi pihak Defendan bahawa antara lainnya "MITP adalah projek nasional dan telah diberikan keutamaan tinggi oleh kerajaan. Pemegang-pemegang Bon tidak perlu risau kerana pegawai-pegawai kerajaan atasan (yakni MOA, MOF dan Menteri Kewangan 2) sedang bekerjasama untuk menyelesaikan kesemua kebimbangan yang dibangkitkan oleh Pemegang Amanah dan Pemegang-pemegang Bon. Tambahan pula, disebabkan kerajaan menyokong projek ini, ia akan memastikan projek ini berjaya dalam apa-apa cara jua. Kami percaya bahawa MOF telah mengadakan mesyuarat dengan OSK (21 November 2008) bagi memohon untuk lanjutan masa selama dua bulan untuk MITP membalas kepada kebimbangan-kebimbangan Pemegang-pemegang Bon. Ini disokong selanjutnya oleh MOA yang bersedia untuk menyokong MITP untuk memohon lanjutan masa selama dua bulan untuk memperuntukkan kesemua maklumat/dokumen-dokumen yang diminta oleh pemegang amanah. Ejensi-ejensi kerajaan utama akan bertindak lanjut terhadap kesemua isu-isu pentadbiran yang perlu. Isu-isu yang kini dihadapi MITP sedang diperhatikan oleh pegawai-pegawai atasan seperti yang disebutkan awal tadi. Ejensi-ejensi kerajaan yang berkaitan kini sedang mencari jalan untuk menyelesaikan isu-isu tersebut kerana MITP adalah Projek

Nasional dan kerajaan menyokongnya. Kerajaan akan memastikan MITP dilaksanakan secara berjaya kerana ia mempunyai potensi untuk berkembang ke luar negara dan menjadi nombor satu di kawasan ini untuk ekspot tuna".

(ii) Dalam mesyuarat pada 30 April 2009, dalam kehadiran Dato' Mustafa bin Haji Ahmad, Ketua Pengarah/Pendaftar PN Malaysia, LKIM dan Tuan Haji Mohad Khazin bin Hamzah, Timbalan Ketua Pengarah Pembangunan LKIM, Dato' Annuar Zaini daripada MITP berulang kali memberi jaminan kepada Pemegang-pemegang Amanah dan Pemegang-pemegang BAIS yang hadir bahawa MITP akan menebus secara sepenuhnya kemudahan BAIS sebelum kehabisan November 2009.

(iii) Dalam mesyuarat pada 12 Mei 2009, bagi pihak defendan, Menteri Pertanian, Dato' Noh Omar, merepresentasikan dan menjamin kepada kesemua pihak yang hadir bahawa defendan "adalah komited untuk memastikan kejayaan MITP dan bahawa kemudahan BAIS ini akan ditebus secara sepenuhnya selewat-lewatnya sebelum 17 November 2009 ...". Ia juga direkodkan antara lainnya bahawa "YB Dato' Pengerusi menyatakan bahawa projek MITP merupakan satu projek kerajaan dan akan memastikan projek ini berjalan lancar".

(h) Defendan telah gagal dan/atau enggan untuk memenuhi akujanji, representasi dan jaminan yang dibuat.

(i) Plaintif telah memperoleh penghakiman terhadap MITP pada 19 Oktober 2010 untuk, antara lain, nilai "nominal" Kemudahan BAIS berjumlah RM208,615,000.06 dan gantirugi berjumlah RM595,813.28 setakat 20 Februari 2010 ("hutang MITP").

(j) MITP telah gagal membuat sebarang pembayaran terhadap hutang MITP.

(k) Plaintif menuntut hutang MITP tersebut terhadap defendan berdasarkan kegagalan defendan memenuhi akujanji, representasi dan jaminan yang dibuat oleh defendan.

Kes Defendan

[6] Kes defendan ialah seperti berikut:

(a) MOA telah mengeluarkan surat sokongan atas permintaan MITP bagi membantu MITP mendapatkan penarafan awal A+ daripada Malaysian Rating Corporation Berhad ("MARC") sahaja.

(b) Surat sokongan tersebut tidak pada bila-bila masa merupakan akujanji, representasi atau jaminan daripada defendan. Ia hanyalah merupakan sokongan semata-mata tanpa sebarang liabiliti yang boleh disandarkan terhadap defendan.

(c) Apa-apa pergantungan oleh pemegang-pemegang BAIS terhadap surat sokongan tersebut adalah merupakan budibicara, interpretasi dan keputusan mereka sendiri.

(d) Apa-apa jumlah hutang yang dituntut oleh plaintif adalah antara plaintif dengan MITP selaras dengan surat ikatan amanah yang dimasuki oleh plaintif dengan MITP.

(e) Mesyuarat-mesyuarat telah diadakan pada 3 Disember 2008, 30 April 2009 dan 12 Mei 2009 dan dihadiri oleh wakil defendan. Apa-apa kenyataan yang diberikan oleh wakil defendan dalam kesemua mesyuarat tersebut tidak sama sekali merupakan akujanji, representasi atau jaminan defendan.

(f) Defendan tidak pernah pada bila-bila masa membuat atau memberi sebarang akujanji-akujanji, representasi-representasi atau jaminan-jaminan kepada pemegang-pemegang BAIS.

(g) Sebarang kerugian atau kerosakan yang dialami oleh plaintif dan/atau pemegang-pemegang BAIS bukannya berpunca daripada tindakan defendan.

Isu-Isu Yang Perlu Diputuskan

[7] Pihak-pihak telah mengemukakan isu-isu yang berikut untuk diputuskan oleh mahkamah semasa perbicaraan:

(a) Sama ada surat sokongan tersebut merupakan akujanji, representasi dan jaminan oleh defendan bahawa defendan akan memastikan bahawa MITP akan berada dalam kedudukan

untuk memenuhi obligasinya di bawah kemudahan BAIS atau sama ada surat sokongan tersebut hanya surat sokongan semata-mata, tanpa sebarang liabiliti yang boleh disandarkan.

(b) Sama ada pemegang-pemegang kemudahan BAIS bergantung kepada akujanji, representasi dan jaminan tersebut dalam melanggan kemudahan BAIS? Sekiranya ya, sama ada defendan boleh dipertanggungjawabkan atas pergantungan sedemikian?

(c) Sama ada defendan memungkiri akujanji representasi dan jaminan tersebut?

(d) Sama ada dalam mesyuarat-mesyuarat pada 3 Disember 2008, 30 April 2009 dan 12 Mei 2009, defendan telah membuat kenyataan-kenyataan seperti yang telah dinyatakan di perenggan 5(g)(i), (ii) dan (iii) penghakiman ini.

(e) Sama ada kenyataan-kenyataan dalam mesyuarat-mesyuarat tersebut merupakan akujanji, representasi dan jaminan oleh defendan?

(f) Sama ada plaintif dan pemegang-pemegang kemudahan BAIS bergantung kepada akujanji, representasi dan jaminan tersebut dalam menangguhkan tindakan untuk mengisytiharkan peristiwa keingkaran terhadap MITP di bawah kemudahan BAIS? Sekiranya ya, sama ada defendan boleh dipertanggungjawabkan atas pergantungan sedemikian?

(g) Sama ada defendan memungkiri akujanji, representasi dan jaminan tersebut?

(h) Sama ada plaintif dan pemegang-pemegang kemudahan BAIS telah mengalami kerugian dan kerosakan akibat kemungkiran-kemungkiran tersebut?

(i) Sama ada dalam keseluruhan keadaan kes, defendan diestop daripada mengelakkan liabiliti di bawah surat sokongan tersebut dan di bawah kenyataan-kenyataan yang menjadi isu tersebut?

(j) Sama ada dalam keseluruhan keadaan kes, defendan bertanggungan terhadap plaintif?

[8] Mahkamah tidak bercadang untuk membincangkan dan memutuskan kesemua isu yang dikemukakan oleh pihak-pihak. Pada pandangan mahkamah, sekiranya isu-isu utama (a), (b) dan (d) dijawab dalam negatif, isu-isu lain tidak lagi perlu dibincang dan diputuskan kerana isu-isu itu adalah berbangkit dan/atau ekoran daripada isu-isu utama. Sebaliknya, sekiranya isu-isu utama (a), (b) dan (d) dijawab dalam positif, perbincangan kesemua isu-isu lain akan dibuat.

Definasi Surat Sokongan

[9] Definasi surat sokongan atau yang lebih dikenali sebagai "letter of comfort" terdapat dalam beberapa kes yang dirujuk oleh mahkamah semasa membincangkan isu-isu yang berkaitan.

[10] Apa yang ingin diperkatakan di sini ialah mengapakan surat sokongan telah menjadi amalan/adat perdagangan untuk dikeluarkan dan/atau digunakan. Jawapannya ialah:

> A parent company may give a letter of comfort instead of a formal guarantee, in the hope of achieving an outcome required by its subsidiary, without the risk of legal recourse. The parent is trying to avoid a legal obligation, whereas the recipient hopes the promise will be honoured, even if it is not binding. A letter may be proffered by a parent to assist a subsidiary because:
>
> (a) the parent company may have enough market sway, to be able to persuade a recipient, such as a bank, to only take a letter and not a guarantee when funding a subsidiary;
>
> (b) the parent company may not wish to reveal a "contingent liability" in its accounts, which a formal guarantee may create; or
>
> (c) the parent may have strict borrowing covenants, which limit its ability to provide a formal guarantee.

[lihat James Hamilton, *Australian Insolvency Journal Article*, June 2010]

Isu (a): Kedudukan Surat Sokongan Di Sisi Undang-Undang

Hujahan Peguamcara Plaintif

[11] Peguamcara terpelajar plaintif berhujah bahawa kes plaintif terhadap defendan bukanlah berdasarkan gerenti ("guarantee") tetapi berdasarkan akujanji, representasi atau jaminan. Mengikut peguamcara terpelajar plaintif, surat sokongan tersebut mengandungi komitmen jelas dan nyata yang defendan:

A (i) mengesahkan kelangsungan ("viability") MITP dan keupayaannya untuk menanggung pinjaman-pinjaman dan membayar balik pinjaman-pinjaman berkenaan;

(i) Mengakujanji untuk memastikan MITP berada dalam
B kedudukan untuk memenuhi liabiliti-liabilitinya secara penuh dan tepat pada waktunya terhadap kesemua jumlah yang dipinjam;

(ii) Mengakujanji untuk memberi sokongan yang perlu kepada MITP dan memastikan bahawa MITP tidak akan mengambil
C apa-apa tindakan yang memudaratkan yang boleh menyebabkan MITP tidak berkeupayaan untuk memenuhi obligasi-obligasinya berhubung dengan pinjaman-pinjaman.

[12] Seterusnya dihujahkan bahawa perkataan-perkataan jelas dan
D nyata yang digunakan dalam surat sokongan tersebut hendaklah dibaca berdasarkan fakta dan keadaan bahawa defendan, melalui pelbagai agensinya, mempunyai representasi yang subtansial dalam Lembaga Pengarah MITP dan juga memegang 40% saham dalam MITP. Justeru, defendan berada dalam kedudukan untuk memberi
E akujanji, representasi dan jaminan melalui surat sokongan.

[13] Defendan dikatakan mengetahui bahawa akujanji, representasi dan jaminan sedemikian yang diberi melalui surat sokongan adalah mengikat. Dihujahkan hal keadaan inilah yang menyebabkan pada
F peringkat awalnya defendan enggan untuk memberi surat sokongan tersebut. Walau bagaimanapun, selepas perbincangan panjang di peringkat Kementerian dan selepas digesa oleh MITP, defendan akhirnya telah mengeluarkan surat sokongan untuk memudahkan pembiayaan kewangan diberikan kepada MITP.

G **[14]** Komitmen tersebut telah diulangi kemudiannya oleh pegawai-pegawai kanan agensi defendan dalam mesyuarat-mesyuarat berikutnya dan komitmen ini telah dicatatkan sewajarnya dalam minit-minit mesyuarat.

H **[15]** Oleh itu, dihujahkan bahawa adalah tidak syak lagi defendan adalah terikat dengan akujanji, representasi dan jaminan yang diberikan dalam surat sokongan tersebut.

I

[16] Bagi menyokong hujahan beliau, peguamcara terpelajar plaintif telah merujuk kepada beberapa kes, antara lain: A

(a) *Banque Brussels Lambert SA v. Australian National Industries Ltd* [1989] 21 NSWLR 502 di mana representasi berikut telah dibuat: B

> … We take this opportunity to confirm that it is our practice to ensure that our affiliate Spedley Securities limited, will at all times **be in a position to meet its financial obligation as they fall due**. These financial obligations include repayment of all loans made by your Bank under the arrangements mentioned in this letter. (penekanan ditambah) C

Mahkamah memutuskan bahawa pihak yang membuat representasi sedemikian adalah bertanggungan dalam kes ini.

(b) Kes *Gate Gourmet Australia Pty Limited (In Liquidation) v. Gate Gourmet Holding AG* [2006] NSWSC 1489. Mahkamah Agung New South Wales telah diminta untuk mentafsirkan surat sokongan yang mengandungi terma-terma seperti berikut: D

> This is to confirm that the parent entity, Gate Gourmet Holding AG, will provide the financial support that may be necessary to enable Gate Gourmet Holdings Pty Ltd and its controlled entities to meet its financial commitments as and when they fall due. E
>
> This Letter of Support will not be withdrawn before Gate Gourmet Holdings Pty Ltd and its controlled entities have sufficient means to meet their obligations without the support of the parent entity. F

Mahkamah memutuskan: G

> Ultimately, the Court's finding is that the circumstances **examined objectively**, do throw up an intent to enter legal relations. The very terms of the Letter itself are a strong indicator in this regard, utilizing, as it does, phrases and concepts having very clear technical legal significance. I refer here to the references to "its controlled entities" and "[liability] to meet its financial commitments **as and when they fall due**" (emphasis added). Likewise the second paragraph of the Letter making plain that it would not be withdrawn before the Australian holding company H I

A

> and it's controlled entities had sufficient means to meet their obligations without the support of the parent entity, seems to me to clearly indicate a promissory intent to be bound in terms of legal relations". (penekanan ditambah)

B **[17]** Peguamcara terpelajar plaintif dalam hujahnya menyimpulkan bahawa perkataan-perkataan jelas surat sokongan dalam kes semasa adalah berbentuk janji ("promissory in nature"). Ini terutamanya berdasarkan fakta bahawa surat sokongan tersebut dikeluarkan dengan kesedaran dan niat yang bakal-bakal pencarum kepada kemudahan BAIS dan MARC akan sangat bergantung kepadanya.

C

Hujahan Peguam Kanan Persekutuan

[18] Peguam Kanan Persekutuan berhujah bahawa berdasarkan fakta dan keadaan yang wujud dalam kes semasa, surat sokongan D tersebut hanyalah merupakan surat sokongan semata-mata dan tidak diniatkan oleh pihak-pihak untuk membawa sebarang kesan yang mengikat di sisi undang-undang.

[19] Mengikut Peguam Kanan Persekutuan terpelajar lagi, E kedudukan undang-undang mengenai sesuatu surat sokongan bolehlah dinyatakan seperti berikut:

(i) Surat sokongan biasanya dikeluarkan apabila pernyataan sokongan itu tidak dimaksudkan untuk memberi komitmen yang mengikat di sisi undang-undang. Bagi menyokong F proposisi undang-undang tersebut, rujukan dibuat kepada kes-kes berikut:

(a) *HSBC Ltd v. Jurong Engineering Ltd & Ors* [2000] 2 SLR 54 apabila mahkamah menyatakan di ms. 70-71:

G

> Letters of Awareness, or comfort letters, are *commonly issued by a parent company to the lender giving comfort to the lender for a loan made to a subsidiary company. They are usually used where the parent company is not willing to undertake some other legal commitment*. For example, it H may not be willing to give a guarantee because doing so would infringe guarantee limits in its constitution or because it does not wish a contingent liability to appear on its balance sheet. *Letters of Awareness commonly contain a statement of awareness of the financing, a commitment to maintain ownership interest and* I *a statement as to the degree of support required by the lender*". (penekanan ditambah)

(b) *Chemco Leasing SPA v. Redifussion PLC* [1985] QBD Transcript di mana mahkamah telah merujuk kepada Wood's Law and Practice of International Finance, 1980 yang mengandungi penyataan seperti berikut:

> A comfort letter is a letter written usually by a parent company, or even by a government, to the lender giving comfort to the lender about a loan made to a subsidiary or a public entity ... Comfort letters are commonly taken where the 'guarantor' is not willing to accept a legal commitment. This may be, for example, because a guarantee would infringe guarantee limits in its constitution or borrowing instruments or because it does not wish a contingent liability to appear on its balance sheet ... The points usually covered are (a) a statement of of awareness of the financing, (b) a commitment to maintain ownership interest and (c) the degree of support required by the lender.

Seterusnya, mahkamah menyatakan:

> Such **documents** are evidently **designed as a compromise between**, on the one hand, **a guarantee by the parent company of the debts of its subsidiary**, and on the other, **a placebo which gives no undertaking at all by the parent company**. It is therefore not surprising if, in the circumstances, **they are redolent of ambiguity or "woolly"** as Mr Wood puts it. (penekanan ditambah)

(ii) Bagi menentukan sama ada sesuatu surat sokongan mempunyai kesan di sisi undang-undang atau tidak, mahkamah perlu menentukan niat pihak-pihak kepada surat sokongan tersebut sama ada pihak-pihak berniat untuk surat sokongan tersebut mengikat di sisi undang-udang atau tidak. Bagi menyokong proposisi undang-undang tersebut, rujukan dibuat, antara lain, kepada kes-kes berikut:

(a) *HSBC Ltd v. Jurong Engineering Ltd & Ors (supra)*:

> Although such documents have been used in the commercial world for some time, the term 'Letter of Awareness" itself has yet to acquire a precise meaning in law that is descriptive of the precise liabilities to be assumed by the issuer of such a document. Thus, in

A each case, **one must look beyond the name of the document and see exactly what was intended by the parties**. (penekanan ditambah)

(b) *North South Properties Sdn Bhd & Ors v. David Teh Teik Lim & Anor* [2005] 2 CLJ 510:

B **Whether a letter of comfort is capable of giving rise to a legally binding undertaking will depend on the intention of the parties and the circumstances under which the letter of comfort is given**. (penekanan ditambah)

C

(iii) Dalam menentukan niat pihak-pihak, mahkamah perlu melihat kepada terma surat sokongan tersebut dan keadaan yang wujud semasa surat sokongan tersebut dikeluarkan. Sekiranya terma surat sokongan tersebut adalah tidak jelas ("equivocal and ambiguous"), pihak-pihak tentunya tidak berniat untuk surat sokongan tersebut mengikat di sisi undang-undang.

D

(iv) Sekiranya pengeluar surat sokongan tersebut tidak mahu memberikan jaminan ("guarantee"), maka pihak-pihak tidak berniat untuk surat sokongan tersebut mengikat di sisi undang-undang. Sekali lagi rujukan dibuat kepada kes *HSBC Ltd v. Jurong Engineering Ltd & Ors (supra)* apabila mahkamah membuat analisis penyataan dalam surat sokongan dan memutuskan:

E

F *the first defendants would cause Huge to be 'operated and maintained in such a way as to be in a financial position to meet all its obligations from time to time' to the plaintiff.*

Mahkamah memutuskan:

G *There was no indication as to what exactly the first defendants were obliged to do*. For example, *would the first defendants be liable to the plaintiffs for the poor management of Huge, or alternatively, would the first defendants be liable to the plaintiffs if Huge made losses despite good management? All considered, I found this part of the clause to be of such limited and ambiguous effect that it did not give rise to any substantial legal rights*. (penekanan ditambah)

H

I

Keputusan Mengenai Isu (a)

[20] Bagi membolehkan tafsiran sewajarnya dibuat terhadap surat sokongan tersebut, adalah perlu surat berkenaan diperturunkan semula sepenuhnya seperti berikut:

Kementerian Pertanian dan Industri Asas Tani Malaysia
Wisma Tani, Lot 4G1, Presint 4
Pusat Pentadbiran Kerajaan Persekutuan
62624 Putrajaya, Malaysia

Our Ref: KP/ITTP/S/4S/408/11 Jld 20
Date: 2 October 2006

Chief Executive Officer
OSK Trustees Berhad
Level 6, Plaza OSK
Jalan Ampang
40450 Kuala Lumpur
(Attention: Mr Ong Eu Jin
Ms Anita Yeo)

Dear Mr/Ms,

1. CONCESSION AGREEMENT FOR THE PRIVATISATION OF THE INTERNATIONAL FISHING PORT AT BATU MAUNG, PULAU PINANG BETWEEN LEMBAGA KEMAJUAN IKAN MALAYSIA (LKIM) AND MALAYSIA INTERNATIONAL TUNA PORT SDN BHD (MITP) DATED 16 DECEMBER 2004; AND

2. THE SHAREHOLDERS' AGREEMENT BETWEEN LKIM AND BINDFORCE SDN BHD DATED 26 OCTOBER 2004 AND THE SUPPLEMENTARY AGREEMENT TO THE SHAREHOLDERS' AGREEMENT DATED 1 AUGUST 2005

- Letter of support for borrowings to be incurred by Malaysian International Tuna Port Sdn Bhd ("MITP")

We refer to the above matter whereby Lembaga Kemajuan Ikan Malaysia (LKIM) has awarded to Malaysian International Tuna Port Sdn. Bhd. (MITP) the right to plan, design, construct and complete the upgrading works of Kompleks LKIM, the Main port, the Breakwater structure and relocation of the existing sea water intake pipeline for Institut Penyelidikan Perikanan as stated in the Concession Agreement dated 16 December 2004 between LKIM and MITP.

2. "MITP has to incure borrowings in order to implement this important national project. By virtue of this, we confirm the viability of MITP, including its ability to incur borrowings and repay which is critical to ensure the successful implementation and completion of the project as envisaged by the Government through the said Concession Agreement dated 16 December 2004 and the Shareholders' Agreement between LKIM and Bindforce Sdn Bhd dated 26 October 2004 and the Supplementary Agreement to the said Shareholders' Agreement signed on 1 August 2005 where the Government through LKIM:

(a) Ensures that MITP is a position to meet (and do meet on a full and timely basis) their liabilities in respect of all amounts borrowed for so long as the amount in respect of the borrowings remain outstanding; and

(b) Provide all necessary support to MITP and also ensure that MITP shall not take any detrimental action which cause MITP not being able to perform its obligations in respect of its borrowings.

3. This letter is strictly limited to the points raised in paragraph 2(a) and (b) above and there is no express or implied guarantee with regards to the borrowings of MITP.

Thank you.

Yours faithfully,

-sgd-

(MOHD MOKHTAR BIN ISMAIL)
Deputy Secretary General (Development)
For Secretary General
Ministry of Agriculture and Agro Based Industry Malaysia

cc.

Encik Asri Awang
Chief Executive Officer
Malaysian Rating Corporation Berhad
5th Floor, Bangunan Malaysian Re
No. 17, Lorong Dungun
Damansara Heights
504790 Kuala Lumpur

Chief Executive Officer
OSK Securities Berhad
19th Floor, Plaza OSK
Jalan Ampang
50450 Kuala Lumpur

Attn: Mr. Eddie Fong, Senior Vice President & Head
Mr. Michael Ng, Assistant General Manager

Encik Annuar Zaini Binyamin
Chief Executive Director
Malaysian International Tuna Port Sdn Bhd
Suite 3B-7-3, Llevel 7, Block 3B, Plaza Sentral
Jalan Stesen Sentral 5
Kuala Lumpur Sentral 50470
Y.Bhg KSU

PUU"

[21] Terdapat banyak kes yang boleh dijadikan panduan untuk mentafsirkan sama ada sesuatu surat sokongan dan/atau "letter of comfort" mengikat di sisi undang-undang atau tidak. Dalam kes *Banque Brussels Lambert SA v. Australian National Industrial Ltd (supra)*, Mahkamah memutuskan bahawa dalam menentukan sama ada sesuatu surat sokongan boleh menimbulkan obligasi kontraktual antara pihak-pihak:

> **This claim turns on the existence or otherwise, of an intention to create legal obligations and whether the terms of the letter are sufficiently promissory in nature to be held to be contractual**. The two questions arise independently, but are inter-related in that it is **from the terms of the letter seen against the backdrop of surrounding circumstances that the parties' intentions in both respects fall to be determined**.
>
> Turning first to the question of intention to enter into a legal relationship in order to ascertain whether the letter of comfort was intended to give rise to legal obligations, it is necessary to examine the events surrounding its inception. BBL starts with the *prima facie presumption that in commercial transactions there is an intention to create legal relations, and the onus of proving the absence of such intention rests with the party "who asserts that no legal effect is intended, and the onus is a heavy one …"*
>
> "*… The overriding test is, of course, that of the intentions of the parties as deduced from the document as a whole seen against the background of the practices of the particular trade or industry*". [penekanan ditambah]

[22] Dalam kes *Investors Compensation Scheme Ltd v. West Bromwich Building Society* [1998] 1 All ER 98 yang diterimapakai dan diluluskan oleh Mahkamah Persekutuan dalam kes *Berjaya Times Square Sdn Bhd v. M-Concept Sdn Bhd* [2010] 1 CLJ 269, Lord Hoffman telah menggariskan lima proposisi berhubung dengan tafsiran:

> My Lords, I will say at once that I prefer the approach of the learned judge. But I think I should preface my explanation of my reasons with some general remarks about the principles by which contractual documents are nowadays construed. I do not think that the fundamental change which has overtaken this branch of the law, particularly as a result of the speeches of Lord Wilberforce in *Prenn v. Simmonds* [1971] 3 All ER 237 at 240-242; [1971] 1 WLR 1381 at pp 1384-1386 and *Reardon Smith Line Ltd v. Hansen-Tangen, Hansen-Tangen v. Sanko Steamship Co* [1976] 3 All ER 570; [1976] 1 WLR 989, is always sufficiently appreciated. The result has been, subject to one important exception, to assimilate the way in which such documents are interpreted by judges to the common sense principles by which any serious utterance would be interpreted in ordinary life. Almost all the old intellectual baggage of 'legal' interpretation has been discarded. The principles may be summarized as follows:
>
> (1) Interpretation is the ascertainment of the meaning which the document would convey to a reasonable person having all the background knowledge which would reasonably have been available to the parties in the situation in which they were at the time of the contract.
>
> (2) The background was famously referred to by Lord Wilberforce as the 'matrix of fact', but this phrase is, if anything, an understated description of what the background may include. Subject to the requirement that it should have been reasonably available to the parties and to the exception to be mentioned next, it includes absolutely anything which would have affected the way in which the language of the document would have been understood by a reasonable man.
>
> (3) The law excludes from the admissible background the previous negotiations of the parties and their declarations of subjective intent. They are admissible only in an action for rectification. The law makes this distinction for reasons of practical policy and, in this respect only, legal interpretation differs from the way we would interpret utterances in ordinary life. The boundaries of this exception are in some respects unclear. But this is not the occasion on which to explore them.

(4) The meaning which a document (or any other utterance) would convey to a reasonable man is not the same thing as the meaning of its words. The meaning of words is a matter of dictionaries and grammars; the meaning of the document is what the parties using those words against the relevant background would reasonably have been understood to mean. The background may not merely enable the reasonable man to choose between the possible meanings of words which are ambiguous but even (as occasionally happens in ordinary life) to conclude that the parties must, for whatever reason, have used the wrong words or syntax (see *Mannai Investment Co Ltd v. Eagle Star Life Assurance Co Ltd* [1997] 3 All ER 352; [1997] 2 WLR 945.

(5) The 'rule' that words should be given their 'natural and ordinary meaning' reflects the commonsense proposition that we do not easily accept that people have made linguistic mistakes, particularly in formal documents. On the other hand, if one would nevertheless conclude from the background that something must have gone wrong with the language, the law does not require judges to attribute to the parties an intention which they plainly could not have had. [penekanan ditambah].

[23] Dalam kes *Eli Lilly and Co v. Novapham Ltd* [1998] 2 SCR 129 diputuskan:

The ultimate goal of contractual interpretation should be to ascertain the true intent of the parties at the time of entry into the contract. The contractual intent of the parties is to be determined by reference to the words they used in drafting the document, possibly read in light of the surrounding circumstances which were prevalent at the time. Evidence of one party's subjective intention has no independent place in this determination. It is unnecessary to consider any extrinsic evidence at all when the document is clear and unambiguous on its face. Here, there was no ambiguity to the contract entered into between Apotex and Novopharm and further interpretive aids were therefore unnecessary. The evidence as to the subjective intentions of the principals at the time of drafting was thus inadmissible by virtue of the parol evidence rule especially since it did not go to the circumstances surrounding the making of the contract.

[24] Dalam kes *Bank of Credit and Commerce International SA v. Munawar Ali* [2001] 1 All ER 961, Lord Clyde berkata di ms. 987:

The knowledge reasonably available to them (that is to say the parties to the contract) must include matters of law as well as matters of fact. The problem is not resolved by asking the parties

A what they thought they intended. **It is the imputed intention of the parties that the court is concerned to ascertain**. The parties may well have never applied their minds to the particular eventuality which has subsequently arisen, so that they may never in fact have had *required and a solution should be found which is both reasonable and realistic. The meaning of the agreement is to be discovered from the words* B *which they have used read in the context of the circumstances in which they made the agreement. The exercise is not one where there are strict rules, but one where the solution is to be found by considering the language used by the parties against the background of the surrounding circumstances*. [penekanan ditambah]

C

[25] Berdasarkan kes-kes di atas, apa yang dapat disimpulkan ialah bahawa dalam membuat tafsiran kepada sesuatu surat sokongan dan juga kepada dokumen kontrak lain, terdapat sekurang-kurangnya empat elemen yang perlu diberi perhatian:

D

(a) Latar belakang atau "surrounding circumstances" semasa surat sokongan tersebut dikeluarkan. Adalah menjadi kepercayaan umum bahawa sesuatu surat sokongan tidak membentuk suatu gerenti dan sesungguhnya ia dikeluarkan bagi mengelakkan liabiliti yang berbangkit dari gerenti. Walau bagaimanapun, E dalam keadaan istimewa tertentu, tidak boleh diketepikan tentang kemungkinan ia boleh membentuk menjadi satu gerenti. Justeru, latar belakang pengeluarannya adalah penting bagi menentukan perkara ini.

F (b) Kandungan dokumen adalah merupakan kunci utama dalam menentukan bentuk surat sokongan. Sesuatu surat sokongan yang bertajuk "letter of undertaking", "confirmation letter" atau "letter of comfort", tidak semestinya mencerminkan secara benar bentuk dokumen tersebut. Ini adalah kerana perkataan- G perkataan yang digunakan dan amalan/adat perdagangan boleh menunjukkan ekspektasi pihak-pihak sama ada ia hanya mempunyai kesan moral ("moral effect") atau kesan undang-undang ("legal effect"). Misalnya, jika surat sokongan itu mempunyai peruntukan bahawa "the issuer shall repay the H debts on behalf of the debtor", "undertake the liability arising from a guarantee" atau "guarantee the repayment by the debtor", maka tentunya surat sokongan tersebut hendaklah dilihat sebagai mempunyai bentuk gerenti dan pengeluarannya adalah terikat sebagai gerenti. Jika surat itu hanya menyatakan

I

bahawa pengeluar hanya mempunyai obligasi moral untuk mengawasi atau menyokong peminjam, maka ia tidaklah boleh dilihat sebagai boleh dikuatkuasakan di mahkamah.

(c) Kelakuan ("conduct") pihak-pihak yang terlibat hendaklah juga diambilkira.

(d) Keputusan kes-kes terdahulu mengenai surat sokongan bukanlah merupakan duluan ("precedent") yang perlu diikuti sepenuhnya, tetapi hanya boleh dijadikan sebagai panduan yang berguna oleh mahkamah.

[26] Selepas mengambilkira elemen-elemen yang diperlukan seperti dinyatakan di atas, mahkamah berpendapat bahawa surat sokongan dalam kes semasa adalah tidak diniatkan oleh pihak-pihak untuk membawa kesan yang mengikat di sisi undang-undang. Alasan mahkamah ialah seperti berikut:

(a) Surat sokongan tersebut dikeluarkan selepas beberapa siri perbincangan dan semakan oleh Penasihat Undang-Undang Kementerian dan Encik Raj R D'Nathan (DW1) yang bertugas sebagai Ketua Penolong Setiausaha di Bahagian Sumber dan Industri Kementerian. Kementerian tidak bersetuju untuk mengeluarkan surat gerenti. Adalah jelas dari perbincangan-perbincangan tersebut, defendan berhasrat untuk tidak terikat di sisi undang-undang melalui pengeluaran surat sokongan tersebut.

(b) Fakta bahawa pengeluar surat sokongan tidak mahu mengeluarkan surat "guarantee" tetapi mengeluarkan surat sokongan menunjukkan bahawa pengeluar surat sokongan tersebut tidak mahu terikat di sisi undang-undang. Ini dapat dilihat melalui keputusan Mahkamah Rayuan England dalam kes *Kleinwort Benson Ltd v. Malaysia Mining Corporation Berhad* [1989] 1 WLR 379:

> The court would not, merely because the parties had referred to the document as a comfort letter, refuse to give effect to the meaning of the words used. But in this case it is clear, in my judgment, that **the concept of a comfort letter, to which the parties had resort when the defendants refused to assume joint and several liability or to give a guarantee**, was known by both sides at least *to extend to or to*

A *include a document under which the defendants would give comfort to the plaintiffs by assuming, not a legal liability to ensure repayment of the liabilities of its subsidiary, but a moral responsibility only*. [penekanan ditambah]

B (c) Perkara yang sama juga diputuskan oleh Mahkamah Tinggi Singapura dalam kes *HSBC Ltd v. Jurong Engineering Ltd & Ors (supra)*:

> I found that the first defendant's refusal to grant a corporate guarantee was consistent with the other circumstances of this
C case, so as to show clearly that the parties had intended the Letter of Awareness not have any legal effect.

(d) Mahkamah Rayuan England dalam kes *Kleinwort Benson Ltd v. Malaysia Mining Corporation Berhad* [1989] 1 WLR 379 memutuskan:

D

> But in this case it is clear, in my judgment, that **the concept of a comfort letter, to which the parties had resort when the defendants refused to assume joint and several liability or to give a guarantee**, was known by both sides at
E least *to extend to or to include a document under which the defendants would give comfort to the plaintiffs by assuming, not a legal liability to ensure repayment of the liabilities of its subsidiary, but a moral responsibility only*. (penekanan ditambah)

(e) Perlu diambil perhatian bahawa terdapat draf-draf surat
F sokongan yang dikemukakan oleh MITP kepada Kementerian sebelum surat sokongan bertarikh 2 Oktober 2006 dikeluarkan. Walaupun draf-draf tersebut tidak boleh digunakan untuk mentafsirkan surat sokongan tersebut, namun ia adalah relevan bagi mengetahui "surrounding circumstances" semasa surat
G sokongan tersebut dikeluarkan. Perbandingan terma-terma surat-surat sokongan tersebut pada ms. 237 - 239 Ikatan B1 dengan terma dua yang diberikan oleh MIPT pada ms. 588 - 589 Ikatan B2 (draf kedua) dan ms. 590 - 591 Ikatan B1 (draf pertama) menunjukkan perbezaan yang jelas dan nyata terma-
H terma yang terdapat di dalamnya. Perbezaannya ialah seperti berikut:

I

Perenggan 2:

(i) Draf pertama menyatakan bahawa:

> MITP has to incur borrowings in order to implement this national project **successfully. By virtue of the importance of this national project, we hereby confirm to you as follows:**
>
> *The viability of MITP, including the ability to incur borrowings and repay the borrowings in a timely manner is critical to ensure the successful implementation and completion of the project as envisaged by the government. As such, ...* (penekanan ditambah)

(ii) Draf kedua menyatakan bahawa:

> MITP has to incur borrowings in order to implement this national project **successfully. By virtue of the importance of this national project, we hereby confirm to you as follows**:
>
> *The viability of MITP, including the ability to incur borrowings and repay the borrowings in a timely manner is critical to ensure the successful implementation and completion of the project as envisaged by the government through the Concession Agreement where the government via LKIM shall ensure that*; ... (penekanan ditambah)

(iii) Surat sokongan tersebut menyatakan bahawa:

> *MITP has to incur borrowings in order to implement this important national project. By virtue of this, we confirm the viability of MITP, including its ability to incure borrowings and repay which is critical to ensure the successful implementation and completion of the project as envisaged by the Government through the said Concession Agreement dated 16 December 2004 and the Shareholders' Agreement between LKIM and Bindforce Sdn Bhd dated 26 October 2004 and the Supplementary Agreement to the said Shareholders' Agreement signed on 1 August 2005 where the Government through LKIM*; (penekanan ditambah)

Perenggan 2(a):

(i) Draf pertama menyatakan bahawa:

> We **shall at all times in the future to ensure** that MITP is in the position to meet (and do meet on a full and timely basis) their liabilities in respect of all amounts borrowed for so long as the amount in respect of the borrowings remain outstanding; and ... (penekanan ditambah)

(ii) Draf kedua menyatakan bahawa:

> We **shall at all times in the future undertake to ensure** that MITP is in the position to meet (and do meet on a full and timely basis) their liabilities in respect of all amounts borrowed for so long as the amount in respect of the borrowings remain outstanding; and ... (penekanan ditambah)

(iii) Surat sokongan tersebut menyatakan bahawa:

> (where the Government through LKIM) **ensures** that MITP is in the position to meet (and do meet on a full and timely basis) their liabilities in respect of all amounts borrowed for so long as the amount in respect of the borrowings remain outstanding; and ... (penekanan ditambah)

Perenggan 2(b)

(i) Draf pertama menyatakan bahawa:

> We **shall not take any action nor cause MITP to take any action** which may result in MITP being unable to perform its obligations in respect of its borrowings ... (penekanan ditambah)

(ii) Draf kedua meyatakan bahawa:

> MITP has to incur borrowings in order to implement this national project **successfully. By virtue of the importance of this national project, we hereby confirm to you as follows**:
>
> > *The viability of MITP, including the ability to incur borrowings and repay the borrowings in a timely manner is critical to ensure the successful implementation and completion of the project as envisaged by the government through the Concession Agreement where the government via LKIM shall ensure that*: (penekanan ditambah)

(iii) Surat sokongan tersebut menyatakan bahawa:

> MITP has to incur borrowings in order to implement this **important** national project. *By virtue of this, we confirm the viability of MITP, including its ability to incure borrowings and repay which is critical to ensure the successful implementation and completion of the project as envisaged by the government through the said Concession Agreement dated 16 December 2004 and the*

Shareholders' Agreement between LKIM and Bindforce Sdn Bhd dated 26 October 2004 and the Supplementary Agreement to the said Shareholders' Agreement signed on 1 August 2005 where the Government through LKIM: (penekanan ditambah)

(ii) Surat kedua menyatakan bahawa:

We shall provide all necessary support to MITP and hereby confirm that we shall ensure MITP shall not take any detrimental action which may cause MITP not being able to perform its obligations in respect of its borrowings ... (penekanan ditambah)

(iii) Surat Sokongan tersebut menyatakan bawa:

(where the Government through LKIM) provide all necessary support to MITP and also ensure that MITP shall not take any detrimental action which may cause MITP not being able to perform its obligations in respect of its borrowings... . (penekanan ditambah)

[27] Keadaan di mana surat sokongan dikeluarkan telah dijelaskan oleh DW1 dan DW2 secara terperinci seperti berikut:

(i) "Melalui surat MITP bertarikh 8 September 2006, MITP telah memohon MOA untuk mengeluarkan satu surat sokongan sebagaimana format yang dilampirkan bersama-sama surat tersebut". (Sila lihat J5 DW1 dan J14 DW2 dan ms. 576 - 578 ikatan B2)

(ii) "Berdasarkan surat MITP bertarikh 8 September 2006 tersebut, MITP menyatakan bahawa surat sokongan tersebut diperlukan oleh MITP bagi membolehkan MITP mengekalkan rating A+ID (A Plus Islamic Debt) yang ditauliahkan oleh MARC bagi pinjaman bon RM240 juta. MITP juga menyatakan bahawa surat sokongan tersebut adalah surat sokongan semata-mata dan dalam apa jua keadaan tidak akan membawa maksud atau diertikan sebagai jaminan bagi pinjaman oleh MITP" (Sila lihat J6 DW1 dan J15 DW2 dan ms. 576 - 578 ikatan B2)

(iii) "Selepas surat MITP tersebut diterima, surat tersebut beserta draf yang dilampirkan telah dirujuk kepada PUU MOA untuk semakan. Selepas itu, pihak PUU MOA telah memberikan pandangan undang-undang berkenaan surat sokongan tersebut

dan berdasarkan pandangan undang-undang tersebut, draf surat sokongan tersebut telah dipinda dan satu surat sokongan bertarikh 15 September 2006 ("surat sokongan pertama") yang ditandatangani oleh DW2 telah dikeluarkan kepada plaintif" (Sila lihat J7-9 DW1 dan J16-18 DW2 dan ms. 579 ikatan B2)

(iv) "Selepas surat sokongan pertama itu dikeluarkan, pihak MITP tidak berpuas hati dengan surat sokongan pertama tersebut. Pada 22 September 2006, pegawai-pegawai MITP iaitu Encik Foong Peng Yew dan Encik Rozaidi Baharudin telah berjumpa dengan Dato' Zulkifli Idris yang merupakan Ketua Setiausaha ("KSU") MOA pada waktu tersebut. Pada perjumpaan tersebut, pegawai-pegawai MITP tersebut telah memohon supaya surat sokongan baru dikeluarkan mengikut draf asal yang dilampirkan pada surat bertarikh 8 September 2006. Dato' KSU MOA telah meminta DW1 dan PUU MOA untuk mendraf surat sokongan tersebut bersama-sama Encik Foong Peng Yew". (Sila lihat J10-11 DW1 dan J19-20 DW2)

(v) "Perjumpaan ini disusuli dengan surat daripada MITP bertarikh 22 September 2006 kepada MOA yang ditandatangani oleh Encik Annuar Zaini Hj Binyamin, Chief Executive Director MITP. Surat ini menghuraikan rasional untuk MOA mengeluarkan surat sokongan berasaskan draf yang dikemukakan oleh MITP tersebut. Surat tersebut juga menyatakan bahawa draf surat ini adalah diberikan oleh pihak MARC Rating Agency". (Sila lihat J10-11 DW1 dan J19-20 DW2 dan ms. 589 - 583 ikatan B2)

(vi) "MITP juga telah menghantar surat bertarikh 22 September 2006 kepada Menteri Pertanian dan Industri Asas Tani bagi mendapatkan surat sokongan". (Sila lihat rujuk J21 DW2 dan ms. 584 - 585 ikatan B2)

(vii) "Pada 28 September 2006, MITP telah menghantar satu surat lagi kepada MOA agar MOA dapat mengeluarkan surat sokongan secepat mungkin serta menegaskan bahawa "the wording in the support letter does not amount to any guarantee from MOA but merely a strong support letter from MOA reaffirming what is enshrined in the shareholders'

agreement dated 26 October 2004". Surat ini telah ditandatangani oleh Encik Foong Peng Yew, Chief Operation Officer/Director, MITP. Surat ini juga menyertakan sesalinan draf surat sokongan". (Sila lihat J12 DW1 dan J22 DW2 dan ms. 586 - 591 Ikatan B2)

(viii) "Pada 2 Oktober 2006, MOA telah mengeluarkan surat sokongan tersebut setelah draf surat tersebut disemak dan diperbincangkan oleh DW1, PUU MOA dan Encik Foong Peng Yew". (Sila lihat J13 DW1 dan J23 DW2 dan ms. 237 - 239 Ikatan B1)

(ix) DW1 ketika pemeriksaan balas telah menyatakan seperti berikut:

Q: Essentially, you and the LA didn't want to give the letter?

A: Yes.

Q: So, they didn't want the Government to guarantee, they came upfront but they wanted the letter exactly like the way they give you, but despite that, the senior officers, like you like LA, were against giving that letter?

A: Yes.

Q: That's at page 586 of B2.

A: Yes. If I can recall, we were called up by the KSU at that time Dato' Dr Zulkifli. He asked us to have a look at it again, see how we can accommodate their request, bearing in mind this is national project. And so we came back, myself, Encik Fazin, Mr Foong, and I think I'm not sure there was one other person from MITP present and we redrafted the letter as the letter dated 2.10.2006. But of course there were a lot of argument.

(x) DW2 ketika pemeriksaan balas telah menyatakan seperti berikut:

YA: Is there any memo from that group who was asked by the KSU to look into this letter to you, before you signed this? Or what did they inform you when they sent over this draft to Dato' to sign?

A: Dia datang kepada saya bawa draft itu.

YA: Siapa, dia tu siapa?

A: Ini saya pun tak dapat nak ingat sama ada siapa, tapi antara Encik Fazin dengan Encik Raj. Perkara itu dibawa kepada saya, jadi mereka mengatakan adalah sukar untuk mereka menerima apa cadangan-cadangan yang telah diberi oleh pihak MITP tetapi memandangkan kepada beberapa faktor:

1. Ini satu projek Kerajaan yang kita nak 'promote', jadi kita kena beri surat sokongan.

2. Melihat kepada perkara ini juga telahpun ditulis kepada Menteri, kepada KSU, juga telah mengetahui perkara ini.

3. Mereka juga menjelaskan bahawa ada para 3 yang menyatakan ini bukanlah satu guarantee, ini merupakan hanyalah satu surat sokongan sahaja.

Jadi saya mengambilkira 3 faktor utama inilah, kalau tidak saya pun memang berhati-hati, sebagai pegawai Kerajaan yang telah bekhidmat selama 30 tahun, inilah satu perkara saja yang saya buat.

YA: So to you the last sentence very important, it is not guarantee letter?

A: It is not guarantee letter.

[28] Berdasarkan kepada keterangan di atas, pada pandangan mahkamah, adalah nyata dan jelas bahawa defendan tidak berhasrat untuk terikat di sisi undang-undang apabila ia mengeluarkan surat sokongan tetapi hanya meletakkan tanggungjawab moral ke atas defendan untuk memberi sokongan yang diperlukan kepada MITP.

[29] Dalam kes *Kleinwort Benson Ltd v. Malaysia Mining Co Berhad (supra)*, fakta ringkas kes ialah plaintif telah memberikan pinjaman kepada sebuah syarikat berdasarkan "strength of a letter of comfort" yang dikeluarkan oleh syarikat induk (defendan) yang berbunyi: "It was the defendant's policy to ensure that the business of the subsidiary is at all times in a position to meet its liabilities to the plaintiff under the loan agreement".

[30] Mahkamah Rayuan England, selepas membuat analisis yang teliti terhadap perkataan-perkataan yang digunakan di dalam "letter of comfort" dan menimbangkan keadaan ketika surat itu dikeluarkan ("surrounding circumstances"), memutuskan bahawa ia hanya meletakkan tidak lebih dari tanggungjawab moral untuk memenuhi hutang syarikat.

[31] Dalam kes *Atco Controls Pty Ltd (in liq) v. Newtronics Pty Ltd (recs & mgrs apptd) (in liq)* [2009] VSCA 238, fakta ringkas ialah pada tahun 1994, satu surat sokongan telah dikeluarkan oleh *Atco* kepada juru audit subsidiari *Newtronics* yang berbunyi:

> Atco Controls Pty Ltd, being the ultimate holding company of Newtronics Pty Ltd, hereby confirm the following:
>
> 1. That the amount owing by *Newtronics* to *Atco Controls* of $(amount owed) as at (date of end of relevant financial year) shall not be called upon within the current period to the detriment of all other unsecured creditors.
>
> 2. That if necessary, funds or additional bank security will be provided to *Newtronics* or its debt financier to ensure that it can meet its current trading obligations that have, or will be incurred.

[32] Mahkamah Rayuan Victoria Australia telah melihat kepada isu sama ada satu kontrak telah dibuat secara inferen atau tersirat ("implied"). Mereka merujuk kepada kes terdahulu yang menyatakan:

> "The question in this class of case is whether the conduct of the parties viewed in the light of the surrounding circumstances shows a tacit understanding or agreement. The conduct of the parties however, must be capable of proving all the essential elements of an express contract…": Mc Hugh JA, in *Integrated Computer Services Pty Ltd v. Digital Equipment Corp (Aust) Pty Ltd* [1988] 4 BPR 11, 110.
>
> … The essential question in such cases is whether the parties' conduct, including what was said and not said including evident commercial aims and expectations of the parties, reveals and understanding or agreement or as sometimes expressed, a manifestation of mutual assent, which bespeaks an intention to be legally bound to the essential elements for contract " Allsop J in *Branir Pty Ltd v. Owston Nominwees (No 2) Pty Ltd* [2001] FCA 1833.

[33] Mahkamah Rayuan telah melihat kepada kelakuan pihak-pihak untuk menentukan secara objektif sama ada pada peringkat tertentu satu perjanjian mengikat telah dicapai. Mereka mengambil perhatian bahawa surat sokongan telah disediakan pada tahun-tahun di mana juru audit memintanya dan tidak pada tahun-tahun di mana juru audit tidak memintanya. Mereka merasakan ini adalah penting. Mahkamah menyatakan:

> ... the significance of the conduct displayed by and in the letter of support was to be assessed objectively in the light of the circumstances known to both parties at the times at which the letters were provided ...

[34] Hakim Mahkamah Rendah berpendapat bahawa adalah jelas daripada akaun-akaun yang ditandatangani oleh pengarah-pengarah *The Newtronics* bahawa mereka hanya boleh menandatangani akaun-akaun tersebut selepas bergantung kepada surat sokongan yang berterusan daripada *Atco*. Oleh itu, hakim membuat inferen bahawa pihak-pihak berniat untuk menjadikan surat sokongan mengikat. Mahkamah Rayuan tidak bersetuju dengan keputusan tersebut. Mahkamah Rayuan menyatakan:

> It does not seem to us at all unlikely that the directors of *Newtronics* would have been prepared to accept and rely upon a non-binding undertaking by *Atco* to provide *Newtronics* with support ... They knew it was in *Atco*'s interests to keep *Newtronics* going. They also knew that *Atco* was prepared to provide *Newtronics* with support ... assuming that the *Newtronics* board were endowed with at least a rudimentary level of commercial commonsense and so understood that holding companies tend to conduct operations through limited liability subsidiaries in order to avoid liability in the event of the subsidiaries failure, they might also of well understood and accepted that Atco's undertakings to provide support were intended not to be legally binding.

[35] Peguamcara terpelajar plaintif sangat bergantung kepada kes *Banque Brussels Lambert SA (BBL) v. Australia National Industries (supra)*. Perlu diambil perhatian bahawa hakim dalam kes tersebut, Sir Rogere CJ, amat kritikal terhadap pendekatan Mahkamah Rayuan England dalam kes *Kleinwort Benson (supra)* yang dikatakan sebagai sangat bersifat teknikal ("excessly technical") dan tidak realistik dari segi komersial. Nampaknya hakim berkenaan cenderung kepada pendapat bahawa perjanjian-perjanjian komersial

hendaklah diberi kesan komersial. Beliau menyatakan: "There should be no room in the proper flow of commerce for some purgatory where statements made by businessmen, after hard bargaining and made to induce another business person to enter into a business transaction would without any express statement to that effect, reside in a twilight zone or honourable agreement". A B

[36] Hakim berkenaan tidak bersetuju dengan pendekatan Mahkamah Rayuan tetapi bersetuju dengan Mahkamah Peringkat Pertama ("The Court of First Instance") England (yang telah mengakaskan ("overruled") keputusannya) bahawa "high regard" should be paid to fact that "comfort letters came into existence as part of parcel of a commercial banking transaction and that the promise were an important features of the letters". C

[37] Walau apapun jua, fakta dalam kes *Banque Brussels Lambert SA (supra)*, dalam beberapa aspek, boleh dibezakan dengan kes semasa. Mahkamah bersetuju dengan hujahan Peguam Kanan Persekutuan bahawa terdapat perbezaan seperti berikut: D

(a) Dalam kes tersebut, terdapat beberapa rundingan ("negotiations") antara pihak-pihak kepada "letter of comfort" iaitu pengeluar dan penerima "letter of comfort" tersebut. Rundingan tersebut adalah berkenaan terma-terma yang digunakan dalam "letter of comfort" tersebut, di mana pihak-pihak kepada "letter of comfort" tersebut berunding bagi melindungi hak dan kepentingan masing-masing dalam "letter of comfort tersebut". Pemerhatian ini telah dibuat oleh Mahkamah Tinggi Singapura dalam kes *HSBC Ltd v. Jurong Engineering Ltd & Ors (supra)*. Rundingan sebegini tiada dalam kes semasa ini, di mana plaintif sebagai penerima surat sokongan tersebut tidak terlibat sama sekali dalam perbincangan berkenaan terma surat sokongan tersebut dan fakta ini menunjukkan bahawa plaintif juga tidak berniat untuk surat sokongan tersebut mengikat di sisi undang-undang. E F G

(b) Dalam kes tersebut, penerima "letter of comfort" tersebut sendiri yang memohon kepada pengeluar "letter of comfort" tersebut supaya mengeluarkan "letter of comfort" tersebut sebagai satu "reassurance" bahawa pinjaman yang dibuat anak syarikat pengeluar "letter of comfort" tersebut akan dibayar. Dalam kes semasa, pihak yang memohon surat sokongan H I

tersebut adalah MITP dan bukannya plaintif. Tujuan pengeluaran surat sokongan tersebut juga berbeza di mana dalam kes semasa, ia hanya untuk membantu MITP mendapatkan penarafan A+ sahaja.

(c) Dalam kes tersebut, terma yang digunakan dalam "letter of comfort" tersebut adalah berbeza dengan kes semasa. "Letter of comfort" tersebut mengandungi perenggan berkenaan hak penerima "letter of comfort" tersebut untuk mendapatkan bayaran balik pinjaman yang tertunggak dalam masa 30 hari daripada notis yang diberikan oleh pengeluar "letter of comfort" tersebut. Tiada sebarang terma dalam surat sokongan dalam kes semasa yang menyatakan berkenaan sebarang hak plaintif di bawah surat sokongan tersebut.

(d) Dalam kes tersebut, terdapat surat pengakuan ("acknowledgment") berkenaan "letter of comfort" tersebut dikeluarkan oleh anak syarikat pengeluar "letter of comfort" tersebut kepada penerima "letter of comfort" tersebut. Dalam kes semasa, tiada sebarang surat sedemikian dikeluarkan oleh MITP kepada plaintiff.

(e) Dalam kes tersebut, tiada sebarang terma dalam "letter of comfort" tersebut yang menyatakan bahawa "letter of comfort" tersebut bukan suatu jaminan ("guarantee"). Ketika proses rundingan berkenaan terma "letter of comfort" tersebut, pihak pengeluar "letter of comfort" tersebut memasukkan pindaan terma bahawa "letter of comfort" tersebut bukan suatu jaminan ("guarantee"). Bagaimanapun, pihak penerima "letter of comfort" tersebut menolak pindaan terma tersebut kerana pihak penerima "letter of comfort" tersebut menganggap bahawa "letter of comfort" tersebut adalah seakan-akan surat jaminan ("close to letter of guarantee") dan sekiranya pindaan terma tersebut dimasukkan, ia akan mengurangkan nilai "letter of comfort tersebut". Dalam kes semasa, terdapat terma dalam surat sokongan tersebut yang jelas menyatakan bahawa surat sokongan tersebut bukan suatu jaminan ("guarantee").

(f) Dalam kes tersebut juga, terdapat keterangan bahawa penerima "letter of comfort" tersebut sendiri ingin mendapatkan "some degree of security" untuk pinjaman yang diberikan dan penerima "letter of comfort" tersebut sendiri yang berniat

untuk mendapatkan satu "strong letter of comfort" daripada pengeluar "letter of comfort" tersebut. Dalam kes semasa ini, Plaintif tidak terlibat dalam proses pengeluaran surat sokongan tersebut dan hanya MITP yang ingin mendapatkan surat sokongan tersebut daripada defendan.

[38] Adalah amat menarik untuk dilihat ulasan ahli akademik terhadap keputusan kes tersebut. Dalam artikel bertajuk "Intention to create legal relations" (htt://law.anu.edu. au/colin/lecture",) ulasan berikut telah diberikan:

> This case involves a letter of comfort but, it should be noted, it does not conform to the usual result in cases of this kind. Rogers CJ decided that the letter used in this case did give rise to legal liability. In this case Spedley Securities wanted a loan facility from the bank. The bank wanted some kind of assurance from ANI which owned 45% of Spedley's parent company, Spedley Holdings. A letter of comfort was provided by ANI to the bank. The terms of the letter are set out on p. 197. You will see that ANI gave some reasonably precise undertakings, namely, that it would provide notice to the bank if it (ANI) intended to sell its shareholding in Spedley and that, if this did happen, then the debt would become immediately payable. The letter also said that ANI would ensure that Spedley could meet its financial obligations.
>
> What happened was that ANI sold its shareholding in Spedley without giving the bank notice and Spedley then went bust. BBL (the bank) then tried to enforce the letter of comfort.
>
> ANI argued that there were no promissory statements and no intention to create legal relations. Roger CJ surveyed the somewhat uncertain legal position concerning letters of comfort, including how they are treated in countries such as France and Germany.
>
> He turned to the claim based on contract, that is, that the letter contained contractual promises in 2nd para of p 200. Rogers CJ referred to the *Edwards v. Skyways* case pointing out the heavy onus which rests on a person who tries to argue no intention in a commercial context.
>
> He then let fly the 2nd para on p 200, starting with a somewhat obscure reference to something apparently said by Lord Justice Scrutton "there will be no Alsatia in England". This is a reference to a precinct in London (White Friars) where thieves and debtors were able to have sanctuary from the law. In other words an area where the normal processes of law did not apply. In the present

A context, the reference is pertinent to the enquiry whether there are legal consequences flowing from the letter of comfort. The passage in the same para starting "There should be no room in the proper flow of commerce for some purgatory…" is Rogers CJ at his best.

B This still left the problem of whether the language in the letter was sufficiently promissory. If, for example, it was merely a statement of intention or of policy, then it could not be the basis of contractual obligation. Rogers CJ pointed out that it was a mistake to subject such a letter to a minute textual analysis and then proceeded to subject this letter to a minute textual analysis. He dealt with this on C p 201 and concluded that there were, indeed, promissory statements.

[39] Peguamcara bijaksana plaintif juga merujuk kepada kes *Gate Gourmet Australia Pty Limited (In liquidation) v. Gate Gourmet Holding AG (supra)*. Surat sokongan oleh Gate Gourment D International AG adalah seperti berikut:

This is to confirm that the parent entity, Gate Gourmet International AG, will provide the financial support that may be necessary to enable Gate Gourmet (Holdings) Pte Limited and its E controlled entities to meet its financial commitments as and when they fall due. This guarantee will not be withdrawn before Gate Gourmet (Holdings) Ptd Limited and its controlled entities have sufficient means to meet their obligations without the support of the parent entity.

F **[40]** Berdasarkan tafsiran ketat surat sokongan tersebut, mahkamah mencapai kesimpulan bahawa terma-termanya adalah jelas dan "unequivocal" dan ia memperuntukkan bahawa syarikat induk Swiss akan menyediakan sokongan kewangan yang diperlukan bagi membolehkan subsidiarinya di Australia memenuhi komitmen G kewangan "as and when they fall due" dan surat sokongan itu tidak akan ditarik balik sebelum syarikat subsidiarinya di Australia mempunyai peruntukan yang mencukupi untuk memenuhi obligasinya tanpa sokongan syarikat Induk Swiss. Penyataan tersebut adalah tidak bersyarat ("unconditional") dan tanpa apa-apa H pengecualian. Representasi yang dibuat juga adalah berkaitan dengan perkara pada masa hadapan. Oleh itu, ia telah mewujudkan obligasi yang mengikat.

I

[41] Pada pandangan mahkamah, keputusan kes tersebut adalah dipengaruhi oleh beberapa faktor seperti berikut:

(a) Adalah jelas bahawa pihak-pihak mengetahui dan memahami keadaan di mana surat sokongan adalah diperlukan bagi pengarah-pengarah menjalankan tanggungjawab mereka;

(b) Selepas meneliti keadaan yang ada secara objektif, ia menunjukkan terdapat niat untuk memasuki hubungan undang-undang ("legal relations");

(c) Surat sokongan secara jelas menggunakan perkataan-perkataan bahawa surat itu "not be withdrawn before Gate Gourmet Holding Pty Ltd and its controlled entities have sufficient means to meet their obligations without the support of the parent entity".

[42] Adalah amat menarik untuk dinyatakan bahawa mahkamah dalam kes di atas telah merujuk kepada kes *Commonwealth Bank of Australia v. TLI Management Pty Limited* [1990] VR 510 di mana "letter of comfort" ialah seperti berikut:

> We hereby acknowledge that the Commonwealth Bank of Australia has agreed to make temporary credit facilities totalling two hundred and fifty thousand Australian dollars $A250,000 available to Hovertravel Australia Pty Ltd which represents payments for ongoing operating costs and salaries. We confirm that the company will complete takeover arrangements (subject to shareholders' approval) of Hovertravel Ltd as soon as legally possible. These arrangements include the injection of sufficient capital to repay the temporary facility as mentioned above to takeover date or within 30 days of this date.

[43] Semasa mentafsirkan surat tersebut, mahkamah memutuskan:

> [I]n the circumstances the draft did not, in my judgment, contain words conveying to the defendant the idea that, by having it engrossed and signed, the defendant would be undertaking a contractual obligation. It would have been very simple, if that had been intended, to have used words of promise, such as "we agree", "we undertake", or even "we promise". The words "we confirm that we will…" were, in the circumstances, at least ambiguous. What was stated in the remainder of the sentence beginning with those words was in essence a statement of no more than was already known or believed by the plaintiff to be the defendant's intention ... .

[44] Mahkamah seterusnya memutuskan bahawa terdapat banyak perkataan di dalam surat tersebut yang tidak jelas ("vague") dan tidak dapat ditentukan ("uncertain"). Mahkamah membuat pemerhatian berikut di ms. 516:

> The difficulty is accentuated by the relative vagueness of many of, the words - for example, "complete", "takeover arrangements" and "as soon as legally possible". What would constitute a breach of such an undertaking? The second sentence adds to the imprecision of the first. If the "arrangements" include "the injection of sufficient capital" etc., what are the other arrangements? What is "sufficient capital to repay the temporary facility as mentioned above"? And what is meant by "injection"? It is far from clear that what is meant is the deposit of money to the bank account".

[45] Justeru, diputuskan bahawa kedudukan undang-undang surat tersebut hanyalah suatu "serious acknowledgment by the defendant of its understanding of the commercial position between the plaintiff and its customer, and a serious statement confirming the defendant's intention with respect to the parent of the customer ..."

[46] Dalam satu lagi kes Australia, *Australian European Finance Corporation Ltd v. Sheahan* [1993] 60 SASR 187, "letter of comfort" yang relevan ialah seperti berikut:

> RE DUKE PACIFIC FINANCE LIMITED
>
> This company which is 100% owned by The Duke Group Limited will continue to be supported by this company so long as necessary. In the event that any subordinated loans are required to ensure the company's requirements under the necessary legislation or licensing requirements, these will be provided. I confirm that such support as is necessary will be given to this company and its subsidiaries.

[47] Semasa mentafsirkan surat ini dan selepas membuat rujukan kepada beberapa autoriti dan penulisan akademik, mahkamah menyimpulkan bahawa:

> ... I am not persuaded that the vague words of the first and third sentences contain a contractual promise. Support can mean many different things, and I do not know what support "so long as is necessary" or "as is necessary" means. They are "woolly" expressions to say the least. The second sentence is even more ambiguous, and the evidence contained no attempt to explain it. I construe it as mere padding, as is the addition of the words "and its subsidiaries" at the end of the third sentence.

I am not persuaded that the parties intended that the letter would amount to a legally enforceable security. At most it contains a non-promissory statement of intention.

[48] Pada pandangan mahkamah ini, hal keadaan tersebut juga terdapat dalam kes semasa. Terma surat sokongan dibuat secara tidak jelas tentang tanggungjawab defendan. Tanggungjawab defendan di perenggan 2(a) dan 2(b) nampaknya adalah terlalu luas dan terbuka kepada pelbagai tafsiran antara pihak plaintif dan defendan. Bagi tujuan semata-mata untuk menunjukkan ketidakjelasan dan ketidaktentuan terma-terma surat sokongan, keterangan yang relevan perlu dinyatakan. DW2 yang menandatangani surat sokongan tersebut berpendapat:

(i) "Melalui surat sokongan tersebut, pihak MOA telah mengesahkan bahawa MITP adalah sebuah syarikat yang berdaya maju dan berkebolehan untuk meminjam dan membayar balik pinjaman tersebut".

[Sila lihat J24 DW2]

(ii) "Perenggan 2(a) membawa maksud bahawa Kerajaan melalui LKIM akan memastikan bahawa MITP berada dalam kedudukan untuk memenuhi liabiliti-liabilitinya. Ini dilakukan dengan memastikan bahawa projek yang dilaksanakan oleh MITP adalah satu projek yang berdaya maju dan akan mendatangkan pendapatan yang membolehkan MITP membayar balik hutang-hutangnya. Ia tidak sama sekali membawa maksud bahawa Kerajaan akan menanggung liabiliti untuk membayar sebarang pinjaman yang dibuat oleh MITP, sekiranya MITP gagal untuk membayarnya".

[Sila lihat J25 DW2]

(iii) "Perenggan 2(b) Surat Sokongan tersebut menyatakan sokongan MOA terhadap MITP. Sokongan ini adalah selaras dengan concession agreement di antara LKIM dan MITP menerusi kl. 6".

[Sila lihat J26 DW2]

[49] Sementara itu, PW3 yang mendakwa sangat bergantung kepada surat sokongan tersebut memberi persepsinya yang tersendiri dan secara berlainan berhubung dengan terma-terma surat sokongan tersebut. PW3 menyatakan:

A As the government, the Defendant was in a position to ensure success of the project and MITP's compliance with its obligations under the BAIS. The Defendant could secure investments for MITP, either of third parties or through the Defendant's entities, give loans or capital injection to boost the finances of MITP, provide MITP with management and technical expertise, and facilitate the payment obligations in respect of the BAIS.

B

[Sila lihat A30 PW3]

[50] Walau apapun, adalah tidak dapat dipertikaikan bahawa surat sokongan tersebut tidak memberi sebarang gerenti sama ada secara nyata atau tersirat bagi pinjaman MITP. Ini adalah ternyata dari perenggan 3 surat sokongan tersebut:

C

3. This letter is strictly limited to the points raised in paragraph 2(a) and (b) above and there is no express or implied guarantee with regards to the borrowings of MITP.

D

[Sila lihat muka surat 238 Ikatan B1]

Isu (b): Pemegang-Pemegang Kemudahan BAIS Sangat Bergantung Kepada Surat Sokongan

E

[51] Peguamcara terpelajar plaintif berhujah bahawa pihak plaintif sangat bergantung kepada surat sokongan tersebut dan tidak akan membuat pelaburan dalam kemudahan BAIS tanpa surat sokongan tersebut. Bagi menyokong hujah ini, keterangan PW2 (Ketua Pegawai Penarafan MARC) dan PW3 (Pengarah Bersekutu OSK Investment Bank Berhad) telah dirujuk secara terperinci. Mahkamah telah meneliti keterangan-keterangan tersebut.

F

[52] Walau bagaimanapun, PW2 dalam keterangannya juga menyatakan bahawa:

G

We look at various factors. For project financing, such as that arising in MITP's instance, the following factors will be considered:

(a) The site of the project and the risks involved in the site;

H

(b) The construction risks of the said project;

(c) The technology risks involved;

(d) The demand or offtake risks, in this case the demand for the use of the port by the tuna industry and the risk in the tuna industry as a whole;

I

(e) Sponsor risk;

(f) Project and financing structure adopted and the risks involved; and

(g) Political risk.

MARC is particularly concerned with the events that could result in the project not being completed on time, within budget, the risks of non-completion, level of utilization or the failure to satisfy performance requirements,, the failure to generate sufficient cash flow to service the project debt and the possibility of a premature end to the project.

We will look at all these risks and factor them in our analysis and consider all project risks and risk mitigation mechanisms adopted by the issuer.

We also use use financial models to assess the impact of different adverse scenarios on the project's ability to meet the repayment schedules and the sentivity of project cash flow to adverse deviations from key assumptions.

[Sila lihat A6 PW2]

PW2 ketika pemeriksaan balas telah menyatakan bahawa:

Q: When you analysed a project, do you analyse the letter or the whole project?

A: The whole project.

Q: How many times you mentioned the letter of support in the whole report?

A: I have not counted.

Q: Agree - there are only 3 times the letter of support was mentioned in the whole 30 over pages report?

A: [No answer]

Q: I refer to page 156 -1, page 167-1, page 184-1. Agree?

A: Yes.

Q: Agree - there is no specific subject discuss about the letter of support. Under special heading?

A: Yes.

Q: Agree - as a whole - your analysis, you gave A+ rating because the project is a viable project?

A: Based on the assumptions that we have then, yes.

Q: Refer to QA10. Agree - Letter of support is only one of the factors?

A: One of the factors but an important factor.

Q: Is the viability of the project is a major factor as well?

A: It is.

Q: If according to your analysis, you found that the project is not viable, despite the letter of support, you will not give that rating?

A: Yes.

Q: In short, agree - you have taken all pertinent factors before you issued out an A+ rating?

A: Yes.

[Penekanan ditambah]

[53] Selepas meneliti kesemua keterangan yang ada, pada pandangan mahkamah, hujahan yang mendakwa bahawa plaintif sangat bergantung kepada surat sokongan adalah sangat berlebihan. Fakta menunjukkan bahawa Pemegang-Pemegang Kemudahan BAIS tidak bergantung semata-mata kepada Surat Sokongan tersebut walaupun ia diakui merupakan faktor utama dalam penarafan A+ tersebut.

[54] Perlu juga diambil perhatian bahawa keterangan PW3 hendaklah dilihat secara berhati-hati. Ini adalah kerana beliau adalah orang yang:

(i) memperkenalkan Dato' Annuar Zaini, CEO MITP dengan wakil MARC dan RHB;

(ii) mencadangkan surat sokongan untuk membantu penarafan MARC;

(iii) mempengaruhi OKS IB untuk menjadi antara pihak yang pertama melanggan kemudahan BAIS; dan

(iv) menjual kemudahan BAIS kepada pelabur lain.

[55] Memandangkan peranan penting yang beliau mainkan, tentunya PW3 ingin projek ini berjaya. Apabila ia tidak berjaya, pampasan yang berpatutan perlu diberikan. Dan apabila penghakiman yang mereka perolehi terhadap MITP hanya berupa "paper judgement", PW3 mesti berusaha untuk terus membantu pemegang-pemegang kemudahan BAIS. Dengan latar belakang tersebut, keterangan beliau yang mengaitkan surat sokongan tersebut dengan pemegang-pemegang kemudahan BAIS perlu diteliti dan diambil dengan berhati-hati oleh mahkamah ini.

Dakwaan Akujanji, Representasi dan Jaminan Lanjutan oleh Defendan

[56] Peguamcara terpelajar plaintif berhujah bahawa defendan telah membuat akujanji representasi dan jaminan lanjutan berikut kepada pemegang-pemegang kemudahan BAIS seperti yang telah dinyatakan di perenggan (5), (g) (i), (ii) dan (iii) penghakiman ini.

[57] Penelitian terhadap minit-minit mesyuarat-mesyuarat berkenaan menunjukkan bahawa sebenarnya ia telah disediakan oleh plaintif dan tidak disahkan pada mesyuarat kemudiannya seperti yang menjadi amalan lazim untuk minit-minit seperti ini. Beberapa perkara yang dicatat di dalam minit-minit tersebut juga telah dipertikaikan oleh mereka yang terlibat. Pada mesyuarat 3 Disember 2008, misalnya, Encik Wan Hanafi Wan Mat menafikan yang beliau telah membuat penyataan bahawa:

> We believe that MOF had a meeting with OSK (21 November 2008) requesting for an extention of 2 months for MITP to respond to the concerns of the Bondholders. This was further supported by MOA which is ready to support MITP to request for an extention of time of 2 months to provide all the required information/documents as requested by the Trustee. The key Government agencies will follow up with all the necessary administrative issues".
>
> [Sila lihat J11 DW3]

[58] Pada mesyuarat 12 May 2009, YB Menteri hanya membuat kenyataan bahawa "projek MITP merupakan satu projek Kerajaan dan akan memastikan projek ini akan berjalan lancar". Ini disokong oleh keterangan-keterangan yang berikut:

(i) Berdasarkan minit rasmi bagi mesyuarat pada 12 Mei 2009 tersebut yang disediakan oleh pihak MOA pada ms. 552 - 565 ikatan B. Perenggan 21.6(b) minit mesyuarat tersebut mencatatkan bahawa:

> Pihak OSK memaklumkan bahawa isu tuntutan OSK Bond Holders telah selesai kerana MITP bersetuju untuk menebus balik pinjaman sebelum atau pada November 2009. Menurut pihak OSK, MITP telah membayar kupon faedah untuk bulan Mei bernilai RM10.2 juta. Mereka berpuas hati dengan adanya sokongan daripada MOA. **Y.B. Dato' Pengerusi menyatakan bahawa projek MITP merupakan satu projek Kerajaan dan akan memastikan projek ini akan berjalan lancar**. [penekaan ditambah]
>
> [Sila lihat muka surat 563 Ikatan B2]

(ii) DW3 dalam keterangannya telah menyatakan bahawa:

> Y.B Menteri hanya menyatakan bahawa projek MITP merupakan satu projek Kerajaan dan akan memastikan projek ini akan berjalan lancar, sebagai kenyataan balas kepada kenyataan pihak OSK bahawa isu tuntutan OSK Bondholders telah selesai.
>
> [Sila lihat J23 DW3]

(iii) Kenyataan yang didakwa dibuat oleh YB Menteri di dalam minit mesyuarat 12 Mei 2009 yang disediakan oleh plaintif tidak sama sekali dibuat oleh YB Menteri, memandangkan minit mesyuarat tersebut sendiri menyatakan bahawa "YBhg Dato' yang membuat kenyataan tersebut dan bukan "YB Dato". PW4 ketika pemeriksaan balas berkenaan minit mesyuarat 12 Mei 2009 yang disediakan oleh plaintif telah menyatakan bahawa:

> Q: Read how many Dato' attending the meeting?
>
> A: Reading from the present list is Dato' Noh Omar, Dato' Mohd Mokhtar, Dato' Mustafa, Dato' Annuar, Dato' Ahmad Nafti, 5 Dato's.

Q: How is the Minister addressed on this meeting? A

A: Y.B.

Q: The rest of Dato's is addressed as Y.Bhg?

A: Yes, except for Dato' Ahmad Nafti. B

Q: The first words after Y.Bhg Dato' called us to the meeting, could you please read to the court?

A: Y.Bhg Dato' assured us that the Government is committed in ensuring the success. C

Q: Agree - the minutes shows that Y.Bhg Dato' assured us?

A: Assured us, Yes.

[59] Adalah jelas dalam keterangan PW4 yang merupakan wakil OSK Trustees Berhad sendiri bahawa kenyataan jaminan yang dinyatakan dalam minit mesyuarat 12 Mei 2009 yang disediakan oleh plaintif tidak menunjukkan ia diberikan oleh YB Menteri. D

[60] Kesimpulannya, tidak kesemua kenyataan yang dijadikan isu oleh plaintif di dalam mesyuarat-mesyuarat yang dirujuk tersebut tidak dibuat oleh wakil defendan. E

[61] Kesimpulan di atas dibuat oleh mahkamah selepas meneliti keterangan yang ada secara menyeluruh dan bukan secara "cherry-pick". Dalam menilai keterangan yang dikemukakan di hadapan mahkamah, panduan bolehlah didapati dari *Sarkar on Evidence*, Edisi ke 15, di ms. 99 sepeti berikut: F

> The Act does not purport to lay down any rule as to the weight to be attached to the evidence when admitted, nor is any such rule possible for the proper appreciation of evidence is a matter of experience, common sense and knowledge of human affairs. 'For weighing evidence and drawing inference from it, there can be no canon. Each case presents its own peculiarities, and common sense and shrewdness must be brought to bear upon the facts elicited in every case which a judge of facts in this country discharging the functions of a jury in England, has to weigh and decide' (per Birch J in *R v. Madhub* 21 WR Cr 13, 19; *Mahendrapal v. State* AIR [1955] A 238 ... . G H

I

A **Isu (d): Sama Ada Kenyataan-kenyataan Yang Didakwa Adalah Akujanji, Representasi Dan Jaminan Oleh Defendan**

[62] Adalah menjadi undang-undang mantap bahawa prasyarat untuk sesuatu kenyataan itu menjadi sebagai akujanji, representasi
B dan jaminan ialah wujudnya satu ikatan kontrak yang mengikat antara pembuat kenyataan dan penerima kenyataan tersebut [lihat *Public Bank v. Perwira Affin Bank Bhd* [2001] 7 CLJ 447; *Chase Perdana Sdn Bhd v. CIMB Bank Berhad And Another Appeal* [1999] 3 CLJ 231; *Bank Negara Indonesia v. Philip Hoalim* [1973] 1 LNS
C 7].

[63] Memandangkan mahkamah telah memutuskan bahawa Surat Sokongan dan kenyataan-kenyataan oleh Encik Wan Hanafi Wan Mat di dalam mesyuarat-mesyuarat pada 30 April 2009 serta kenyataan Menteri Pertanian dan Industri Asas Tani pada
D mesyuarat pada 12 Ogos 2009 tidak merupakan akujanji, representasi atau jaminan oleh defendan, maka dengan sendirinya isu ini dijawab dalam negatif.

Isu-isu Lain

E

[64] Selepas Mahkamah telah membuat keputusan mengenai isu-isu utama (a), (b) dan (d) dalam kes ini, isu-isu lain yang berbangkit dari isu-isu utama tersebut tidak lagi perlu diputuskan dan telah menjadi akademik.

F **Kesimpulan**

[65] Mahkamah telah meneliti kesemua keterangan yang ada dalam kes ini dan berpendapat bahawa plaintif telah gagal untuk membuktikan kesnya atas imbangan kebarangkalian.

G

[66] Mahkamah telah memberi pertimbangan yang mendalam terhadap hujahan peguamcara terpelajar plaintif bahawa "in the case of an ordinary commercial transaction it is not normally necessary to prove that the parties in fact intended to create legal relations,
H the onus of proving that there was no such intention is "on the party who asserts that no legal effect is intended, and the onus is a heavy one" - *Edwards v. Skyways Ltd* [1964] 1 All ER 494, 500". [lihat Ikatan 1B, ms. 42, perenggan 7.2].

I

[67] Walau bagaimanapun, seperti diputuskan dalam kes *Atco Control Pty Ltd (in Liq) (supra)* di perenggan 68:

> 68. We do not overlook that there is a presumption with commercial arrangements that parties intend to create legal relations and thus to make a contract, and that courts will strive to give legal effect to such arrangements. *Gate Gourmet*, which is a decision on which the judge appears to have placed considerable reliance, is an example of that; although in that case there was an express request for support and other contextual considerations which led to the conclusion that an undertaking to provide support was intended to create legal relations. But as Ormiston J observed in *Vroon BV v. Foster's Brewing Group Ltd*, while the courts should strive to give effect to the expressed arrangements and expectations of those engaged in business, there can be no binding and enforceable obligation unless the terms of the bargain, or at least its essential and critical terms, have been agreed upon.

[68] Nampaknya, plaintif tidak mendapat apa-apa "keselesaan" yang diharapkan dari surat sokongan berdasarkan keadaan yang wujud dalam kes semasa. Barangkali apa yang dikatakan oleh CS Lewis mengenai "keselesaan" dalam keadaan tertentu adalah benar:

> If you look for truth, you may find comfort in the end; if you look for comfort you will not get either comfort or truth only soft soap and wishful thinking to being, and in the end, despair.
>
> [lihat "Letters of Comfort", James Hamilton, Holding Redlish lawyers, 23 February 2010].

[69] Berdasarkan alasan-alasan di atas, tuntutan plaintif adalah ditolak dengan kos. Seperti yang dipersetujui oleh pihak-pihak, kos ditetapkan sebanyak RM20,000.